REPORT 23

QUESTIONING SUSPECTS

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

©Ministry of Supply and Services Canada 1984
Catalogue No. J31-43/1984
ISBN 0-662-53320-8

REPORT

ON

QUESTIONING SUSPECTS

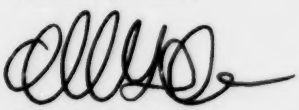
September, 1984

The Honourable John Crosbie, P.C., Q.C., M.P.,
Minister of Justice
and Attorney General of Canada,
Ottawa, Canada.

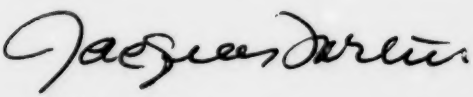
Dear Mr. Minister:

In accordance with the provisions of section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith this report, with our recommendations on the studies undertaken by the Commission on the questioning of suspects.

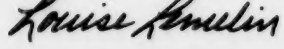
Yours respectfully,



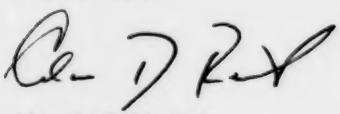
Allen M. Linden
President



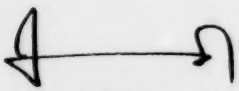
Jacques Fortin
Vice-President



Louise Lemelin, Q.C.
Commissioner



Alan D. Reid, Q.C.
Commissioner



Joseph Maingot, Q.C.
Commissioner

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Professor Jacques Fortin, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Winston McCalla, Q.C., LL.B., LL.M., Ph.D.

Principal Consultant

Patrick Healy, B.A. (Hons), B.C.L.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: The rationale for the proposals 3

I. Questioning suspects 3

II. The broader context 6

CHAPTER TWO: Recommendation and commentary 11

I. General remarks 13

II. Specific issues 15
- A. *Form and structure* 15
- B. *Questioning under cover* 16
- C. *Recording* 17
- D. *Enforcement* 19

Introduction

In Working Paper 32 the Commission published tentative recommendations for reform of the law relating to the questioning of suspects by police officers. After further reflection and consultation, we have finalized our proposals with regard to this matter. In the main we have adopted the position that we took in the earlier Working Paper, subject to certain modifications in both form and substance. Accordingly, this brief Report should be read together with the earlier paper. Where the Report differs significantly from the recommendations proposed in the Working Paper, the salient differences are noted in the text.

But this Report contains more than proposals for procedural regulation of police interrogation. It provides a preliminary statement of the central principles and themes that the Commission will pursue in future reports on investigative powers, and it provides a sketch of the form in which those principles might be accommodated in further work toward a code of criminal procedure. In future publications we will articulate in greater detail the principles that should guide the reform and the development of the law of criminal procedure. We are now preparing a statement on the general principles of criminal procedure, and as a result the statement of principles in this Report should not be construed as complete or final.

CHAPTER ONE

The rationale for the proposals

I. Questioning suspects

The interrogation of suspects is one of several investigative techniques available to the police for the acquisition of evidence. Foremost among other techniques are the powers of electronic surveillance and search and seizure. All of these activities, which can be described compendiously as investigative powers, share a common characteristic. When exercised by an officer who has reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed, each power implies a measure of intrusion against the private interests of the subject in order to confirm or dispel that belief. Conspicuous among the interests affected are the right to remain silent, bodily integrity, the security of property and the expectation of privacy in communications.

In our approach to reform of the law on investigative powers, we interpret our mandate as the need to define the limits of permissible intrusion by agents of the state upon the private interests of its subjects for the purpose of investigating and prosecuting crime. We advocate procedural regulation as the means by which to translate this mandate into law. With regard to the law of investigative powers, and indeed with regard to all of our work in criminal procedure, we strive for rules that will promote fairness and efficiency in the administration of justice. The coexistence of these aims, which are often antithetical, reflects an awareness that a just measure of intrusion is necessary for the preservation of public order.

Given this mandate, we find that current Canadian law on the questioning of suspects is inadequate. Its signal deficiencies are that it

provides no effective protection of the right to remain silent and that it affords no general authority for judicial supervision of the manner in which statements are obtained. The reasons for these deficiencies are plain. The law governing the interrogation of suspects is not procedural law: it consists of a single rule of evidence, encrusted by ancillary rules, that determines the permissible uses of a statement in court. It is a rule of admissibility that permits the introduction by the prosecution of a statement by the accused upon proof that a person in authority did not induce the statement by suggesting to its maker any cause for hope or fear. Where statements by persons accused of crime are concerned, the relationship between the accused and a person in authority resembles that between opposing parties. The state, as a party in a prosecution, will only use the evidence of a statement to assist in establishing the guilt of the accused; and it is chiefly for this reason that proof of voluntariness is imposed upon the prosecution as a means to purge the taint of unreliability that naturally adheres to such statements as a result of the fact that the accused is not a compellable witness. This rule of admissibility affords no authority for direct supervision or regulation of the manner in which statements are obtained. Although the concept of voluntariness and the standard of proof can provide some leverage for indirect regulation, the orthodox interpretation of the voluntariness rule in Canadian courts is that admissibility inheres in the absence of an inducement and not in compliance with positive standards or norms of procedural regularity.

Nor does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provide direct procedural regulation of the questioning of suspects by guaranteeing the right of a suspect to remain silent or by imposing an obligation on the state to produce a complete record of an interrogation. The Charter affects statements only to the extent that the breach of an enumerated right may justify the exclusion of evidence under subsection 24(2). Its effect, then, is indirect and unrelated to the principles and policies that support direct procedural regulation of interrogation.

In our view the manner in which evidence is obtained is a matter of sufficient importance to justify the imposition of procedural rules that would complement the evidentiary rule of reliability and merge with it on the issue of admissibility. In this regard the law governing extra-judicial statements should formally consist of a procedural and an evidentiary dimension. The former would comprise rules defining the manner in which police officers may question suspects, the latter would comprise limitations upon the use of extra-judicial statements by accused persons in judicial proceedings, and both aspects would intersect in a presumption of inadmissibility. Quite apart from proof of

voluntariness, which may be a necessary and sufficient protection against the admission of unreliable evidence before the trier of fact, we propose a presumption of inadmissibility that could only be dislodged by proof of compliance with procedural rules for the questioning of suspects or by proof that the admission of the evidence obtained in contravention of the rules would not bring the administration of justice into disrepute.

The rules we propose seek to give form to two postulates or principles: the right of an accused to remain silent, and the need for a complete and accurate record of a statement and the circumstances in which it was made. The law should require that a suspect, that is a person who is in jeopardy of prosecution or conviction, is apprised of his right to remain silent before being questioned by a police officer. Although Canadian law recognizes the right of a suspect to remain silent, nothing in the law requires that the police issue a warning to this effect before asking questions. If a police officer suspects a person of an offence, anything he asks about that offence during the investigation is calculated to confirm or dispel his suspicion. It is only a matter of common sense that for as long as that person is suspected he is certainly not presumed innocent by that officer. To say that a suspect is presumed innocent by an investigating officer is simply a misstatement of reality and an abuse of language. The presumption of innocence prohibits the state from convicting or punishing any person until the prosecution proves his guilt beyond reasonable doubt according to the due process of law. A corollary of the presumption is that agents of the state, including police officers and prosecutors, cannot compel the assistance of the suspect in proving their case against him. As a statement given by a suspect to the police may well be crucial to the proof of his guilt, a society that constitutionally proclaims a presumption of innocence would surely accept that suspects should be given a warning of their right to remain silent. Accordingly, the Commission recommends that, before asking any question, a police officer must warn the accused of his right to remain silent. When a statement is given, the law should demand the production of a record that will diminish or eliminate the margin for doubt as to the reliability of the evidence. These principles are unimpeachable and we are confident that our rules would secure the interests of the prosecution, the defence and the public in the fair and efficient administration of criminal justice.

Our recommendations do not proceed on an assumption of misconduct among police officers, and in this regard they are not remedies for specific abuses. Respect for the right to remain silent and the need for a complete record provide intrinsic and sufficient

justifications in principle for procedural regulation of police interrogation. In this respect we believe that our proposals define and protect the interests of all parties to the process of investigation and prosecution. At the same time, however, an important secondary objective of our recommendation to constrain agents of the state to act in accordance with prescribed standards is to maximize accountability in the investigative process.

II. The broader context

It is at this point in the argument, of course, that partisan and ideological divisions emerge with respect to the administration of justice and the proper course of law reform. Accordingly, it is appropriate at this juncture in the Report to sketch briefly some of the broader premises that support our work on police powers and criminal procedure.

The balance between effective law enforcement and effective protection of individual interests is, ultimately, a working definition of justice, and the prospect of agreement on this aspect of social policy is always elusive. The position we take on reform of the law on questioning suspects, and other investigative powers, reflects a position with regard to the process and the objectives of law reform. As part of our commitment to a fundamental and comprehensive review of the criminal law in Canada, and irrespective of specific concerns for the rectification of particular problems, we are committed to a thorough and principled reformulation of the law on criminal procedure, of which the law on investigative powers is an essential part. An enterprise of this kind requires that specific rules governing the criminal process should be subordinated to principles of general application. We do not believe that the sole cause of reform is the correction of an existing evil, for to do so would be to assert that the *status quo* is necessarily or presumptively right. The argument that reform is needed only where a specified evil or abuse cries for correction is an unacceptably narrow view of social policy and of the mandate for reform, just as it is intolerably vapid to argue that the law should be made over in the image of unarticulated abstractions such as "crime control" or "due process".

The cause for reform is the quest for higher quality in the administration of justice, which requires a notion of generality and neutrality in the definition of guiding principles. This is not to say that practical problems and ideological commitment are foreign to the process of law reform but too often, it seems, isolated practical problems or ideological arguments of a rhetorical nature are mistakenly construed as the stuff of principle. The challenge lies in ascertaining general and acceptable principles and then in translating those principles into rules of practical application.

Our statutory mandate obliges us to focus our critical attention upon the laws of Canada in an attempt to ensure that the law remains modern and effective. From its inception the Commission has committed itself to a fundamental and systematic renewal of the criminal law. Lately we have been joined in this enterprise by the Government of Canada, and our combined efforts are now generally known as the Criminal Law Review. This process necessarily involves us in extensive consultation with the legal community and more generally with the public.

In approaching the reform of the criminal law we are quite aware that the process of doing justice in our system of government is an approximation of social values, what they are and what they ought to be. The process of legislative reform is a self-conscious attempt to introduce a greater measure of clarity and precision in that approximation. This exercise necessarily defies unanimity but disagreement on particular questions need not imply discord on fundamental postulates of principle. The translation of principles into specific provisions of law opens the scope for disagreement, as does the particularity of the principles involved, but, apart from discrepancy on discrete points in substantive policy, it should be the first task of participants in the process of law reform to define collectively their field of vision and the manner in which they propose to approach it. This implies a process of deduction, commencing with principles of general application and progressing through increasingly particular interpretations of those principles until, by a dialectical process of argument and choice, recommendations for legislative reform can be made.

Ascertaining general principles may itself be an approximative process that defies unanimity, but it does not defy broad consensus. Indeed, despite this approximation, the elaboration and definition of general principles by which to approach reform of the law marks the commencement of a principled approach to reform. Those principles are by definition the standards by which the exercise is conducted and

measured, irrespective of the particular result that may follow when they are tested against specific exigencies. Those principles are the touchstones of utility and integrity in the process of reform because they provide the criteria by which to distinguish a comprehensive and systematic approach from a fleeting expression of political strength. Even if principles are sometimes embattled in the debate on a proper course of action, or sacrificed to expediency in partisan arenas of the legislative process, the paramount objective of those involved in the process of reform should be that their advocacy and the objects of their advocacy "must be genuinely principled, resting with respect to every step that is involved in reaching judgment on analysis and reasons quite transcending the immediate result that is achieved."[1] An expectation of unanimity in this endeavour would be naive and it would be equally wrong-headed to think that principles are immutable or incapable of exception. But the central function of principles is to guide the process of reforming laws by general postulates that groom specific decisions in such a fashion as to reveal the subordination of the particular to the general.

The criminal law rests on the fundamental premise that the maintenance of social order and the protection of freedom require a limitation of the state's power to intrude upon the liberty of its subjects and a limitation of the subject's freedom from intrusion. An acceptance of the need for such limitations is the essence of the rule of law in a free and democratic society. The technique for defining such limitations is regulation by law. It is the essence of social discourse, including law reform, to fix the content of those limitations.

Thus, as noted previously, it is our objective in making recommendations on questioning suspects and other investigative powers to prescribe procedural rules that define the limits of permissible intrusion by agents of the state against the private interests of the citizen. This cardinal principle is synonymous with the principle of restraint that this Commission has advocated for many years and that the Government has recently adopted in its policy on reform of the criminal law.[2] The attempt to translate this principle in practical terms implies an attempt to achieve consensus on the balance of interests between intrusion by the state and the permissible limits of intrusion.

1. H. Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law" (1959), 73 Harv. L. Rev. 1, p. 15.

2. Government of Canada (Dept. of Justice), *The Criminal Law in Canadian Society* (Ottawa: Supply and Services, 1982).

Some private interests of the citizen find expression in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Whether there is such expression in the Charter or not, it is our view that the Constitution does not define exhaustively the limits of permissible intrusion by its agents. Indeed, if for no other reason than the generality of its language, it would seem more exact to describe constitutional protections as a statement of specific interests rather than a definition of the limits of permissible intrusion. Accordingly, saving inconsistency with the Charter, there can be no bar to defining such limits by ordinary legislation. It is our intention in this and other reports on investigative powers to pursue that objective by this approach. In some instances, as in arrest or search and seizure, this endeavour may imply an indirect interpretation of ambiguous constitutional language. In other instances, as with the right of a citizen to remain silent upon investigation by the state, our proposals would govern matters not covered in the Constitution.

We advocate ordinary legislation as a means of regulating the interrogation of a suspect for the same reasons we advocate it as a means for regulating the use of other investigative powers. As these powers must define the limits of permissible intrusion by agents of the state upon the private interests of citizens, it is in our view imperative that such a definition be fixed by the highest rule-making body in our system of government. Ordinary legislation, as opposed to subordinate legislation or informal guidelines, is the most effective mechanism with which to prescribe standards for the exercise of these powers. Unlike constitutional protections, which suggest concepts of immutability, ordinary legislation is subject to revision by debate and action in the Houses of Parliament. Neither subordinate legislation nor informal guidelines, by contrast, are subject to public scrutiny, except upon promulgation. Moreover, informal guidelines are typically unenforceable at law. Thus, subject only to the Constitution, it is our view that ordinary legislation is the most effective touchstone of stability, uniformity, publicity and, therefore, accountability in the law on investigative powers.

As will be seen in the pages that follow, this Report is a preliminary sketch for the codification of the law on investigative powers. Lest there be any confusion, however, we should make plain that the position taken in this paper marks the commencement of the Commission's formulation of a position with respect to the recodification of investigative powers in current Canadian law and in an anticipated code of criminal procedure. It is well known that the Government and the Law Reform Commission are jointly committed in

the enterprise known as the Criminal Law Review, which contemplates a comprehensive revision of the substantive law of crime and the law of criminal procedure. An undertaking of this magnitude poses difficult challenges not only with respect to the substantive decisions governing the policy of the law, but the process by which reform will be achieved. Taken in the abstract, this exercise could proceed on the basis of incidental, random or *ad hoc* amendments to current law, which has been the practice of Parliament since its enactment of the *Criminal Code* in 1892. Alternatively, at the opposite extreme, we could adopt a purely principled or deductive approach that would imply legislative inaction until all interested parties could reach a consensus with respect to a new code of substantive law and a code of criminal procedure.

Neither extreme, in our view, is satisfactory. While we subscribe to the objective of codification, and thus to a fundamental overhaul of Canadian criminal law, we cannot afford to suppress recommendations for reform until we have formulated our views with respect to an entire code. Nor can we endorse a process of reform consisting of occasional or incidental pronouncements that have no other aim than picayune modifications to current law. We agree with the Government of Canada that the cause for fundamental reform of Canadian criminal law will best be advanced by incremental reform. But to achieve a sensible balance between random amendment and a comprehensive and principled approach to reform, it follows that the success of an incremental approach depends entirely upon the coherence of the increments proposed. In this Report we focus upon the investigative power of questioning suspects, but we do so in a fashion that opens, without restriction or obligation, a possible course with respect to reform of other aspects of the law on investigative powers. Whether the increment contemplated by the proposal that we now advance can be sustained, both with respect to its broad contours and its specific contents, will be the stuff of further debate and consultation. We are, however, convinced that the technique and the form that we adopt in this Report are sound and can provide a grid on which to map future recommendations.

CHAPTER TWO

Recommendation and commentary

The Commission recommends that the following Part be added to the *Criminal Code:*

PART XIII.1

INVESTIGATIVE POWERS

Interpretation

447.1 In this Part

"police officer" [means any person whose duties as an agent of the state include the investigation and prosecution of offences;]

"questioning" includes any utterance or gesture that is calculated to elicit, or is reasonably likely to elicit, a statement from a person with respect to the investigation of an offence;

"statement" does not include any utterance that of itself constitutes the gravamen of an offence;

"suspect" means any person who a police officer has reasonable and probable grounds to believe has committed an offence and, notwithstanding the generality of the foregoing, includes any person under arrest or detention, any person who is an accused within the meaning of section 448 of this Act, and any person charged with an offence.

447.2 (1) A police officer shall not question a suspect with regard to any offence for which that person is a suspect unless he has given that person a warning in the following terms:

> **You have a right to remain silent, and you are free to exercise that right at any time. If you wish to make a statement or answer questions, anything you say may be introduced as evidence in court. Before you make a statement or answer any questions you may contact a lawyer.**

This warning shall be given orally and may also be given in writing.

(2) A warning need not be repeated if a warning has recently been given or in other circumstances where repetition would be self-evidently unnecessary.

(3) Subsection (1) does not apply where the police officer is acting under cover and the suspect is not under arrest or detention.

447.3 Where a suspect makes an unsolicited or spontaneous statement in the presence of a police officer, the police officer shall, at the first reasonable opportunity, give a warning in the form required by subsection 447.2(1), and reduce the statement to writing as soon as possible in the circumstances.

447.4 (1) Each police officer who participates in the questioning of a suspect shall, as soon as possible and to the fullest extent possible, make a record of all questions put and statements made.

(2) The record prepared under subsection (1) may be made in writing or by electronic recording and shall include

(*a*) a note of the time at which questioning began and concluded, including a note of any interruptions in the questioning;

(*b*) a note of the place or places in which the questioning occurred;

(*c*) a note of the identity of all persons who were in attendance during the questioning;

(*d*) a note of the time at which the record was made; and

(*e*) the signature of the officer who prepared the record.

(3) Where questioning is electronically recorded, the record contemplated by this section may be made by one police officer who was in attendance throughout the questioning.

Admissibility of Evidence

447.5 Evidence obtained in contravention of this Part is not admissible at the instance of the prosecution at a preliminary inquiry or trial unless the prosecution establishes that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

I. General remarks

Our position, briefly stated, is that wherever a police officer has reasonable and probable grounds to believe that a person has committed an offence, that officer has a *quantum* of suspicion that warrants compliance with procedural rules on questioning suspects because that

person is in jeopardy of prosecution and conviction. Accordingly, the duties of the police officer in these circumstances should be to provide a warning of the right to remain silent and, if any statement is made, to make a complete record of it and the circumstances in which it is given. A presumption of inadmissibility should attach to any statement made in these circumstances, subject to proof of compliance with the rules that we propose.

The scheme that we propose is related to the voluntariness rule of admissibility but is conceptually distinct from it. As a police officer is unquestionably a person in authority, statements made to such an officer will have to be proved voluntary. We do not propose recommendations with regard to the voluntariness rule. In addition to proof of voluntariness, however, the prosecution will have to demonstrate compliance with the proposed procedural rules. It must be emphasized that the two regimes are quite distinct, although complementary. Proof of voluntariness can succeed where there has been flagrant non-compliance with the rules and vice versa, but the two together satisfy the evidentiary and procedural interests of fairness and efficiency at the point of intersection between the two regimes, that is in the presumption of inadmissibility.

We should note that the threshold for the application of our rules would be belief that a person *has committed* an offence, whereas in Working Paper 32 we recommended that the application of the rules should be tied to the belief that a person is *implicated* in the commission of an offence. This change is intended to restrict the application of the rules to instances in which the officer has the *quantum* of suspicion that would justify an arrest of the suspect, whether or not an arrest is made. (We would note, however, that our rules would apply to offences triable on indictment or summarily.)

As for the definition of "police officer", it is incomplete but the thrust of it is that these rules should apply to all persons whose professional employment involves the investigation and prosecution of crime on behalf of the state. We cannot in this Report be more exact in our definition because this definition has broad ramifications with regard to the reform of section 2 of the *Criminal Code* as it is now written and further ramifications with regard to the prescription of procedural rules to govern the exercise of other investigative powers. Thus, given the range of implications involved, we do not think that this Report is an appropriate forum in which to venture a specific definition of "police officer". The matter is plainly one that will have to be deferred for

further consideration, but we are satisfied that the tentative definition captures the principle that is appropriate for the rules proposed in this paper.

II. Specific issues

A. *Form and structure*

Our proposal for the creation of a new Part in the *Criminal Code* is a deliberate attempt to provide a container with which to deal discretely with questioning suspects and other investigative powers in current Canadian law. This proposal can also serve as an architectural plan for future work on a code of criminal procedure. Thus, there are three dimensions in which this proposal should be viewed: questioning suspects, investigative powers generally, and a code of criminal procedure.

First, with regard to questioning suspects, our proposal for a new Part represents a firm decision with regard to the forum for ordinary legislation on the topic. We were deliberately ambivalent in this point in our previous Working Paper but we are now convinced that as a matter of procedural regulation it is best accommodated in the Code. Questioning suspects, of course, does not necessarily imply arrest and for this reason we think that the introduction of a Part dealing with the investigative process is most appropriate before that Part of the Code that deals with arrest and the commencement of a prosecution.

On the premise that investigative powers are conceptually unified by the need to define limits of permissible intrusion by agents of the state in the investigation of crime, the structure of our proposal contemplates a Part of the Code in which questioning suspects and other investigative powers could be accommodated together. Thus, section 447.1 could be expanded by the addition of further interpretive provisions as we complete our work on the investigative powers of search and seizure and electronic surveillance. Whether arrest should be included with these remains an open question for two reasons. First, arrest is often the first stage in the process of compelling the

appearance of an accused in court, and, second, arrest is categorically different from the other four powers that have been described above in that it is not specifically directed toward the acquisition of evidence. For this latter reason in particular, it might be best if arrest were dealt with in the Part in which it is now found, especially if we should later decide that remedies for the contravention of Part XIII.1 should be uniform.

Finally, in the broader context of our work on reform of the criminal law, the proposal for a new Part offers several possibilities for future development. As mentioned, it provides a convenient vehicle for review of the current law on investigative powers, but it can also be adapted in the development of a code of criminal procedure. Such a code would include several parts, of course, including a discrete Part on investigative powers. In this sense we are using this *Report on Questioning Suspects* as an opportunity to suggest a structure for the development of a code of criminal procedure. Despite incidental variations, it is our view that investigative powers cohere by virtue of several thematic principles and thus provide a coherent and self-contained increment that is susceptible of early reform.

B. *Questioning under cover*

Section 447.2 requires that all police officers who question suspects should alert them to their right to remain silent. Subsection 447.2(3), however, exempts from this requirement police officers in the field acting under cover. Here we have departed slightly from the principles underlying our scheme, in the interests of public policy. In principle we believe that all suspects should be warned of their right to silence. It is obvious, however, that without this exemption undercover investigation could not be conducted where the police officer has reasonable grounds to believe the suspect had committed an offence. We are persuaded that to follow general principles with absolute fidelity, and thus to preclude this form of investigation, would impose a burden on the police, and upon society, that is disproportionately high, compared with the interests that would be served by strict adherence to principle. We stress, however, that because field questioning is typically conducted by officers not acting under cover, the exception departs from our silence in only a limited way.

At the same time we object strenuously to a policy that would condone the exploitation of deceptive practices against persons who have been taken into custody, especially where such persons have been charged with an offence or have invoked their right to remain silent. We feel fortified in this opinion by the Constitution, which provides for a notice of certain fundamental rights upon the arrest or detention of a suspect. Those who do not share our view will object that the position of a person in custody who makes a statement to someone who, by objective standards, is not a person in authority, should be treated at law in the same way as the position of one who, by objective standards, was not speaking to a person in authority; accordingly, they will deny that the more appropriate analogy would be to the position of an accused in the dock. In our opinion, however, once a person is taken into custody the essential elements of a prosecution are present. The law must impose measures to ensure that any statement given by a suspect is voluntary in the sense that it was given by conscious choice after a warning of the right to remain silent and with knowledge of the ramifications that may follow.

Finally, it should be noted that in order to fall within the exemption from subsection 447.2(1) the Crown will bear the onus to demonstrate that the questioning was conducted by a police officer acting under cover.

C. *Recording*

The premise informing our proposals on the recording of statements is simple. The interests of fairness and efficiency require that the police should have an obligation to prepare the most accurate and thorough record possible of a statement and the circumstances in which it was made. The policy of the law should reflect a demand for the best evidence and we believe that the proposals in section 447.4 define the minimal standards of an adequate record. The factors enumerated in subsection 447.4(2) represent no more than a list of the salient points elicited in examination and cross-examination at a *voir dire*.

It is an elementary point of practice for police officers and lawyers alike that a statement given by a suspect should be recorded as accurately and completely as possible. The quality of the record measures the quality of evidence available to a court. If the record is

incomplete and approximative, the chances that the evidence will be excluded are greater. Indeed, many statements are now excluded simply because the quality of the record leaves the judge in some doubt about the quality of the evidence and not because the statement was involuntarily made.

The traditional tools available to the police officer for the recording of a statement are the memory and a notebook. The technique for using both can be practised and refined, but neither can provide the best possible record of events. It is for this reason, we believe, that technology for the electronic recording of statements can provide another tool to assist the police and the courts in the administration of criminal justice. Recording equipment has already proved to be of immense assistance in undercover activities (including wire-tapping and so-called "sting" operations) and in identification procedures. The adaptation of recording equipment for the purpose of taking statements would represent no more than the introduction of a new and more efficient technique for accomplishing a routine task.

In the Working Paper on *Questioning Suspects* we specifically proposed that electronic recordings should be made, wherever possible, when questioning takes place in a police station or prison. We have decided to suspend our recommendation for the enactment of a requirement for electronic recording, but we remain convinced that such recordings will provide the best possible means of reconstructing and thus accounting for the questioning of a suspect. The electronic recording of statements is not an end in itself but an improved mechanism or technique for achieving a specified objective. Provided that the recommendations we propose, and the law, reflect a clear bias in favour of the best possible evidence, we see no need to legislate at this time the means of obtaining that evidence. If in our opinion the police are not providing the courts with the best possible record of questioning, we may in the future recommend that Parliament demand an improvement in the quality of evidence by enacting a requirement for electronic recording.

Improved quality in the record of a statement should have several corollary effects. First, it should eliminate almost all doubt about the accuracy of the record and the content of the statement at issue. Second, it should reduce the margin for doubt with regard to the circumstances at the time that the statement was made. Third, general use of electronic recordings should reduce the length and the incidence of the *voir dire*, and it should even increase the incidence of admissions of voluntariness and waivers of the *voir dire*. Fourth, there should be a

corresponding increase in guilty pleas. Fifth, there should be a reduction in the amount of time spent by officers giving evidence in court. Sixth, there should be a reduction in the incidence of allegations of police misconduct.

Although the quality of an electronic recording quite obviously surpasses that produced by memory and notes, the introduction of recording equipment for general use would raise some novel issues. Among these would be allegations of tampering, allegations of misconduct before the commencement of a tape, reproduction of the tape, the relative merits of audio and audio-visual recordings, and the capital cost of introducing such technology. It is our view that none of these difficulties provides an insurmountable obstacle to the use of recording equipment for the taking of statements, especially if the advantages of such a practice can be proved to outweigh the disadvantages. For this reason the Commission is now studying empirically the viability of electronic recordings. We are undertaking this analysis in co-operation with the Canadian police community, and in particular with police forces in Ottawa, Montréal and Toronto.

D. *Enforcement*

This aspect of our recommendation, like the proposal for a new Part, has potential application to investigative powers other than questioning suspects, and for this reason our commentary will focus both on the use of an exclusionary mechanism with regard to police interrogation and to those other powers. It is our intention that the form of the exclusionary rule proposed in this paper should apply to the questioning of suspects, and though we are not yet certain whether this formulation should apply to the other investigative powers we are prepared to offer it provisionally as a rule of general application in the law on investigative powers. As we progress through our work on other investigative powers we may choose to apply this test to the other powers that contemplate the acquisition of evidence, just as we might recommend the inclusion of other remedies with regard to the powers contained in the proposed Part XIII.1. For present purposes, however, we should explain the rudiments of the exclusionary sanction proposed here and thereafter explore the function of this sanction in the broader context of evidentiary rules, with some discussion of further applications.

Our premise is that the exclusion of evidence is the most appropriate mechanism for enforcing procedural rules of the kind that we propose. The most effective way to fix the permissible limits of investigative power is to supervise the manner of acquiring evidence by threatening the denial of its use if evidence is obtained in contravention of procedural standards. In this regard the jeopardy of the evidence should vary directly with the jeopardy of the accused. The only way to accomplish this equilibrium is rejection of evidence for failure to comply with procedural rules. On this basis the form of exclusion must evince a presumption of inadmissibility and a presumption that the admission of evidence obtained in contravention of specific procedural rules would bring the administration of justice into disrepute.

It is a fundamental principle of the way we do justice that information relevant to the allegations in issue is admissible evidence unless it is specifically excluded by law. The justifications for excluding relevant information are twofold. First, it is the policy of the law that the trier of fact should be prevented from hearing and considering unreliable evidence simply because the admission of such evidence would jeopardize the reliability and credibility of the fact-finding process. For these reasons, for example, our law denies the admission of hearsay or the evidence of children unless the unreliability inherent in these forms of evidence can be dispelled by the proponent party. The exclusion of evidence for reasons of unreliability is part of the orthodox doctrine of our law on evidence: anything relevant to determining the truth or falsity of particular allegations should be admissible as evidence unless the reliability of the determination would be jeopardized by the admission of evidence that is unsafe. This theory is based upon the view that evidence consists of facts that speak for themselves, subject to argument by counsel and an assessment of their probative value by the trier of fact. An important corollary of this orthodox view is that the law of evidence is concerned not with the manner in which it was obtained but its probative value in court.

Second, it is the policy of the law to exclude relevant and reliable evidence in circumstances where the determination of truth should be subordinated to protection of ulterior values. This is the case, for example, where constitutional rights have been infringed, and in other circumstances, such as the violation of privacy in communication for purposes of electronic surveillance. The exclusion of evidence for reasons unrelated to relevance or reliability is thus an exception to the orthodox view of litigation as a mechanism for ascertaining the truth of specific allegations. The premise of this exceptional notion is that exclusion is the cost paid at the expense of truth for the protection of

specified interests. When considered in relation to investigative powers, the distinguishing characteristic of the concept of exclusion is that the interests protected are necessarily infringed by the manner in which evidence is obtained.

The two justifications for the exclusion of evidence are not mutually exclusive and both reasons share the objective of promoting the public interest in the fair administration of justice. As noted before, there is a margin of overlap between the orthodox and exceptional theories of admissibility where the concept of exclusion is applied to investigative powers. In general the margin is quite narrow and the scope for exclusion for reasons related only to reliability in relation to investigative powers is quite slight because, unlike the questioning of suspects, the power to conduct search and seizure, electronic surveillance and investigative tests contemplates the acquisition of real evidence or evidence that is typically reliable, subject only to forensic confirmation. In sum, however, the principal thrust of an exclusionary sanction used for the supervision of investigative powers is by definition concerned with the manner in which that evidence was obtained, and the manner in which that power was exercised, and not with the forensic reliability of evidence, although reliability and probative value will often be a secondary factor upon the admission of the evidence.

This characterization of the exclusionary sanction is what makes it an appropriate mechanism for ensuring procedural regularity in the exercise of investigative powers. Indeed, it is possible at this point to see an equation between the premise for the exclusionary sanction and the guiding premise of our work on investigative powers: the need to define the permissible limits of intrusion upon the private interests of the citizen by agents of the state for the investigation of crime. (This equation, of course, does not preclude the adoption of other remedies appropriate for the purpose of securing this objective.) Our adherence to the exclusionary sanction is predicated, then, on the simple notion that in instances where agents of the state have exceeded the permissible limits of intrusion the state shall be denied the use of evidence so obtained because that intrusion brings the administration of justice into disrepute. On this analysis the exclusionary sanction is a neutral concept: the substantive issue with regard to the policy of the law is not the power of exclusion but the calibration of permissible intrusions by the definition of protected interests through procedural regulation.

Recognizing that the exclusion of evidence is an exceptional mechanism for protecting specific private interests, and accepting that it

is an appropriate mechanism for controlling the exercise of investigative powers, there are three possible models for the use of that sanction: the rule of automatic exclusion for procedural non-compliance, a qualified rule of exclusion, and an exclusionary discretion. We will consider briefly, and reject, the first and third alternatives because of the three they represent opposing extremes. In considering those and the qualified rule of exclusion, which we favour, it is important to examine two corollary issues. Is the same form of exclusion appropriate for each investigative power? Even assuming that the exclusionary sanction is appropriate with regard to the questioning of suspects, search and seizure, investigative tests, and electronic surveillance, does it follow that it is the most appropriate sanction for any abuse or violation of prescribed procedural rules? Our answers to these questions will emerge in the position of our statement in favour of a qualified rule of exclusion.

As mechanisms for the enforcement of procedural rules governing the exercise of investigative powers, an automatic rule of exclusion and an exclusionary discretion can be distinguished. The former proceeds from a presumption of inadmissibility in the absence of proof of compliance, without a margin for exceptional inclusion; the latter proceeds on a presumption of admissibility with allowance for exclusion where non-compliance offends the sensibility of the presiding judge with respect to permissible deviations from the prescribed procedural norm. An automatic rule of exclusion is unacceptable because it allows no appreciation of the magnitude of the intrusion and implies that exclusion is warranted even when non-compliance might not compromise the interests protected by procedural rules. An exclusionary discretion is likewise unacceptable because the presumption of admissibility would deflect concern away from the intent to secure respect for particular private interests, and would imply that the presiding judge is entitled to decide whether compliance or non-compliance better serves the fair administration of justice on the facts of the case before him.

A qualified rule of exclusion of the type that we propose is predicated upon a presumption of inadmissibility that could only be dislodged by proof of compliance with prescribed procedural rules or by proof that the admission of evidence taken in contravention of those rules would not bring the administration of justice into disrepute. The presumption thus includes the notion that non-compliance brings the administration of justice into disrepute because it is by definition a transgression by the state of the permissible limits of intrusion.

What, then, is the relationship between the qualified rule of exclusion that we propose and subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? In some respects the two are quite different in form and effect but, for the reasons that follow, we believe that when the two are viewed together they are entirely complementary.

The signal difference between the rules is the different premises upon which each is based. The Charter, of course, is predicated upon a presumption of admissibility that endures until the applicant can establish to the satisfaction of the judge that, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. There are two striking characteristics in this formulation. The first is that the presumption of admissibility subsists despite evidence of constitutional violation until satisfactory proof is made of the deleterious effect of admission. This posture, which is consistent with the orthodox view of evidence, implies that the power of exclusion is not available primarily for the vindication of individual liberties or the control of investigative powers, but for the protection of the integrity of the court and its judges. The second noteworthy characteristic is that, despite contrary appearances, subsection 24(2) is a discretionary remedy in the sense that it consists of a finding of fact (a constitutional violation), an assessment of the circumstances and an opinion as to the effect that the admission of the evidence would have on the integrity of the judicial system. The factors that the judge must consider are virtually unlimited, and when combined with the exigencies of a particular case, the prospects for consistent jurisprudence in the lower courts are remote.

Our qualified rule, by contrast, proceeds on a presumption of inadmissibility that attaches to any evidence obtained in contravention of procedural rules prescribed for the exercise of intrusive or investigative powers. The scope for exclusion is thus narrowly defined by specific criteria because the rules of themselves define conduct that would bring the administration of justice into disrepute. As stated before, however, we recognize that a rule of exclusion would make bad law if it did not admit of exceptions that fall outside its premises and objectives. Accordingly, we would qualify the presumption of inadmissibility by saying that evidence obtained in contravention of the rules would be excluded unless the prosecution established that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. The presumption must allow that failure to comply may, upon careful analysis of the circumstances, be insignificant and comparatively harmless. The rules are themselves the criteria for exercising the exception to the presumption of inadmissibility. Careful

evasion of the rules or negligent deviation from them will therefore not justify the invocation of this inclusionary exception. The rules seek to ensure a complete record of the circumstances of an interrogation and of any statement given. Non-compliance in small or large measure would subvert their purpose and must, of itself, weaken the case for admissibility. As we have said, however, only those breaches that by their nature and seriousness are substantive should be sanctioned by exclusion.

It might, of course, be argued that the exceptional discretionary inclusion available under the rule that we propose is as devoid of substantive criteria as the criterion of exclusion in the Charter. The short answer to this objection is that, provided the rule is predicated on a presumption in favour of specifically defined private interests, the courts should be perfectly competent to develop sound exceptions.

In general, then, there are significant differences between the rule we propose and the Charter. Apart from the different presumptions that lie at the heart of each provision, the foremost distinction is that our rule would be a legislative provision, whereas subsection 24(2) delegates to the judiciary the competence to decide whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. We propose that exclusion should be tied to the exercise of specific powers, compliance with specific rules and respect for the private interests protected by those rules. Moreover, we feel that if the state wishes to avail itself of evidence obtained by a violation of the permissible limits of intrusion the state's agents should have the obligation to justify an exception to the rules prescribed for obtaining evidence.

The theoretical ramifications of the qualified rule that we propose are, of course, quite radical. Acceptance of the proposal would imply a reversal of the orthodox theory of admissibility, at least with respect to evidence obtained in contravention of procedural rules. Ultimately, the acceptance or rejection of this proposal will be an ideological decision predicated on a theory for regulating the economy of rights, powers and obligations in the relationship between the state and its subjects. For our part, however, we are convinced that the orthodox concerns for reliability provide insufficient protection of private interests and no foundation for judicial supervision of the manner in which evidence is obtained. Accordingly, it is our view that an exception from the orthodox theory is warranted for the contravention of procedural rules. We would only emphasize again that the principal function in defining the permissible limits of intrusion is not the viability of exclusion as a mechanism of control but the content of the procedural rules.

Finally, we would note that, like the procedural format of the rules we propose, the exclusionary sanction is also applicable to other investigative powers. The core of that sanction is the presumption of inadmissibility and we are convinced that such a presumption should attach to any evidence obtained by a police officer who exercises a power of search and seizure, investigative testing, electronic surveillance or interrogation. The inclusionary exception in that sanction should carry sufficient flexibility with regard to particular exigencies that may arise in connection with each of these powers.

RAPPORT 23

L'INTERROGATOIRE DES SUSPECTS

Disponible gratuitement par la poste :

Commission de réforme
du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

©Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1984
N° de catalogue J31-43/1984
ISBN 0-662-53320-8

RAPPORT

SUR

L'INTERROGATOIRE DES SUSPECTS

Septembre 1984

L'honorable John Crosbie, c.p., c.r., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre le rapport et les recommandations qui sont le fruit des recherches effectuées par la Commission sur l'interrogatoire des suspects.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.

Allen M. Linden
président

Jacques Fortin
vice-président

Louise Lemelin, c.r.
commissaire

Alan D. Reid, c.r.
commissaire

Joseph Maingot, c.r.
commissaire

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M. le professeur Jacques Fortin, vice-président
M^e Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^e Alan D. Reid, c.r., commissaire
M^e Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur la procédure pénale

Winston McCalla, c.r., LL.B., LL.M., Ph.D.

Conseiller principal

Patrick Healy, B.A. (Hons), B.C.L.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : Le fondement de nos propositions 3

I. L'interrogatoire des suspects 3

II. Le contexte général 6

CHAPITRE DEUX : Recommandation et commentaires 13

I. Remarques générales 16

II. Considérations particulières 17

A. *Forme et structure* 17
B. *L'interrogatoire par des agents d'infiltration* 18
C. *Enregistrement* 19
D. *Mise en œuvre* 21

Introduction

La Commission a présenté, dans le document de travail nº 32, ses recommandations provisoires sur la réforme des règles s'appliquant à l'interrogatoire des suspects par les agents de police. Après une période de réflexion et de consultation, nous soumettons maintenant nos propositions définitives. Sauf quelques modifications de forme et de fond, nous avons pour l'essentiel retenu les principes exprimés dans le document antérieur; le présent rapport, plus concis, devrait donc être lu avec le document de travail. Nous relèverons du reste, au fil du texte, les divergences importantes entre les deux.

Ce rapport ne se borne cependant pas à proposer des règles de procédure en matière d'interrogatoire policier. S'y trouve également, en effet, un énoncé préliminaire des grands thèmes et principes qui formeront l'ossature des futurs travaux de la Commission sur les pouvoirs d'enquête. Nous avons en outre voulu montrer quelle forme concrète pourraient prendre ces idées directrices dans l'élaboration d'un nouveau code de procédure pénale. Dans les prochaines publications, nous énoncerons de façon plus précise les principes qui devraient orienter la réforme et le perfectionnement de la procédure pénale. Comme nous préparons actuellement un exposé des fondements de ce domaine du droit, les principes énoncés dans le présent rapport ne se veulent ni complets ni définitifs.

CHAPITRE UN

Le fondement de nos propositions

I. L'interrogatoire des suspects

L'interrogatoire des suspects fait partie des méthodes d'investigation dont disposent les policiers pour obtenir des éléments de preuve. Parmi les autres méthodes, il faut citer principalement les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie ainsi que la surveillance électronique. Toutes ces pratiques, que l'on pourrait qualifier de pouvoirs d'enquête, présentent une caractéristique commune. En effet, l'exercice de chacun de ces pouvoirs par un agent fondé à croire qu'une infraction a été commise, implique une atteinte plus ou moins grave aux droits fondamentaux du suspect afin de confirmer ou d'écarter cette croyance. Sont ainsi particulièrement attaqués le droit de garder le silence, l'intégrité corporelle, la sécurité des biens et le droit à l'intimité des communications.

S'agissant de la réforme du droit relatif aux pouvoirs d'enquête, notre mandat consiste selon nous à définir les limites dans lesquelles les agents de l'État devraient être autorisés à porter atteinte aux droits des citoyens pour enquêter sur les infractions et intenter des poursuites pénales. À notre avis, la meilleure façon de remplir ce mandat consiste à élaborer un régime procédural. En ce qui a trait aux pouvoirs d'enquête, comme du reste pour l'ensemble de nos travaux en procédure pénale, nous nous sommes donné pour but d'élaborer des règles susceptibles de promouvoir l'équité et l'efficacité dans l'administration de la justice. En affirmant la coexistence de ces deux objectifs, d'ailleurs souvent contradictoires, nous reconnaissons que la protection de l'ordre public nécessite certaines atteintes aux droits des citoyens, dans une juste mesure.

Cela étant posé, nous estimons que les règles régissant actuellement au Canada l'interrogatoire des suspects sont inadéquates. Notamment, rien ne garantit la protection efficace du droit de garder le silence et les tribunaux ne sont investis d'aucun pouvoir général de surveillance sur l'obtention des déclarations. L'origine de ces lacunes n'est pas difficile à trouver. En effet, l'interrogatoire des suspects n'est pas régi par des règles de procédure : le droit en la matière se résume à une simple règle de preuve, assortie de principes secondaires, qui définit les limites légales de l'usage des déclarations extrajudiciaires devant le tribunal. Il s'agit d'une règle de recevabilité : le ministère public peut produire une déclaration du prévenu s'il parvient à établir qu'aucune personne en situation d'autorité ne l'a suscitée en faisant espérer ou craindre quelque chose à son auteur. Dans le cas des déclarations faites par un prévenu, ce dernier et la personne en situation d'autorité ont normalement des intérêts opposés. L'État, en qualité de partie aux poursuites, n'utilisera en preuve que les déclarations susceptibles de l'aider à établir la culpabilité du prévenu. C'est, du reste, principalement pour cette raison que le ministère public est tenu d'établir le caractère volontaire de la déclaration : il s'agit d'écarter les doutes que l'on pourrait naturellement entretenir à cet égard, par suite de l'impossibilité de contraindre le prévenu à témoigner. Mais cette règle de recevabilité ne confère aucun pouvoir de surveillance directe sur la manière dont les déclarations sont obtenues et il n'existe pas non plus de formalités obligatoires à cet égard. Bien sûr, la notion de caractère volontaire et le degré de preuve nous fournissent certains outils de contrôle indirect; mais selon l'interprétation majoritairement donnée à la règle du caractère volontaire de la déclaration par les tribunaux canadiens, la recevabilité est cependant fonction de l'absence d'incitation, et non de l'observation de règles de procédure.

Par ailleurs, la *Charte canadienne des droits et libertés* ne comporte pas non plus de dispositions spécifiques sur l'interrogatoire des suspects. Elle ne sanctionne pas le droit des suspects de garder le silence, pas plus qu'elle n'oblige l'État à produire un procès-verbal complet de l'interrogatoire. Seul le paragraphe 24(2) a une incidence sur les déclarations : un élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits énumérés peut, dans certains cas, être écarté. La Charte n'a donc qu'un effet indirect qui n'a aucun rapport avec les principes et politiques qui justifient l'instauration de règles de procédure en matière d'interrogatoire.

À notre sens, les modalités d'obtention des éléments de preuve constituent une question importante et, partant, il convient d'instaurer des règles de procédure qui viendraient compléter, en matière de

recevabilité, la règle actuelle évoquée ci-dessus. Les déclarations extrajudiciaires devraient donc faire l'objet à la fois de règles de procédure et de règles de preuve. Les premières consisteraient à définir les conditions dans lesquelles les agents de police peuvent interroger les suspects, tandis que les secondes viendraient notamment restreindre l'utilisation, dans les instances judiciaires, des déclarations extrajudiciaires faites par des prévenus. Le point de rencontre de ces règles résiderait dans une présomption d'irrecevabilité. En effet, en plus de la preuve du caractère volontaire des déclarations, qui peut être considérée comme une protection nécessaire et suffisante contre la réception en preuve de déclarations non crédibles, nous proposons l'établissement d'une présomption d'irrecevabilité que le ministère public pourrait repousser par deux moyens seulement : soit en prouvant l'observation des règles de procédure relatives à l'interrogatoire des suspects, soit en démontrant que l'admission des éléments de preuve obtenus en contravention des règles n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les règles que nous proposons visent à sanctionner deux principes : le droit pour l'accusé de garder le silence et la nécessité de consigner de façon complète et précise la déclaration et les circonstances dans lesquelles elle est faite. La loi devrait obliger les autorités policières à informer un suspect (qui risque les poursuites et la condamnation), avant de l'interroger, de son droit de garder le silence. Car si ce droit est reconnu en droit canadien, aucune disposition légale n'oblige les policiers à en informer les suspects avant de les interroger. Lorsqu'un agent de police soupçonne une personne d'avoir commis une infraction, toutes ses questions visent à confirmer ou à dissiper ce soupçon. Il va sans dire que lorsqu'une personne est soupçonnée, elle ne jouit pas d'une présomption d'innocence de la part des policiers. C'est donc un abus de langage et une fausse perception de la réalité, de dire qu'un suspect est présumé innocent par l'agent chargé de l'enquête. La présomption d'innocence interdit à l'État de condamner ou de punir quiconque avant que le ministère public n'ait établi sa culpabilité hors de tout doute raisonnable par l'application régulière de la loi. Du fait de cette présomption, les représentants de l'État, notamment les policiers et les procureurs du ministère public, ne peuvent forcer un suspect à les aider dans l'établissement des charges qu'ils font peser contre lui. Comme la déclaration faite à la police peut avoir une importance cruciale au regard de la preuve de la culpabilité de son auteur, toute société qui élève la présomption d'innocence au rang de garantie constitutionnelle se doit de reconnaître qu'il convient d'informer le suspect de son droit de garder le silence. C'est pourquoi la Commission recommande que les agents de police, avant d'être autorisés à poser des

questions, soient tenus d'informer le prévenu de ce droit. Et lorsqu'une déclaration est faite, la loi devrait rendre obligatoire la production d'un procès-verbal afin de restreindre ou de supprimer les doutes sur la crédibilité de la déposition. Il s'agit là de principes inattaquables. Nous sommes persuadés que les règles proposées ici sont propres à favoriser une administration efficace et équitable de la justice pénale, au profit tout à la fois du ministère public, de la défense et de la collectivité.

Nos recommandations ne découlent pas de préjugés contre la conduite des agents de police. De ce point de vue, elles ne constituent pas des remèdes à des abus précis. Sur le plan des principes, le droit de garder le silence et la nécessité de tenir un procès-verbal complet des déclarations constituent par eux-mêmes une justification suffisante pour l'instauration de règles de procédure sur l'interrogatoire policier. À cet égard, nous croyons que nos propositions définissent et protègent les droits de toutes les parties aux mécanismes d'enquête et de poursuite. Elles visent également un autre objectif important, bien que secondaire : obliger les représentants de l'État à se conformer à des normes établies, afin qu'ils soient le plus possible tenus de rendre compte de la façon dont ils mènent leurs enquêtes.

II. Le contexte général

C'est justement à ce sujet, bien sûr, que surgissent les dissensions entre les tenants des diverses écoles en matière d'administration de la justice et de réforme du droit. Il convient donc, à ce stade de notre rapport, de décrire brièvement certaines des grandes prémisses sur lesquelles s'appuient nos travaux dans le domaine des pouvoirs de la police et de la procédure pénale.

La recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, l'application efficace de la loi et, d'autre part, la protection des droits des citoyens nous ramène en dernière analyse à une conception dynamique de la justice. C'est pourquoi il est illusoire de penser obtenir l'unanimité dans ce domaine. Les mesures que nous proposons dans le cadre de la réforme des règles touchant l'interrogatoire des suspects et les autres pouvoirs d'enquête, découlent de nos conceptions sur les modalités et les objectifs de la réforme du droit. Un aspect de notre mandat

concerne la réforme complète et fondamentale du droit pénal canadien; or, cette entreprise suppose, indépendamment de la volonté de régler certains problèmes précis, une reformulation réfléchie et globale de la procédure pénale, dont les règles sur les pouvoirs d'enquête forment une partie essentielle. Pour ce faire, il est absolument nécessaire que les règles régissant les rouages de la procédure pénale s'appuient sur des principes de nature générale. Selon nous, le but de la réforme ne réside pas simplement dans la correction de problèmes existants : une telle conception équivaudrait en effet à considérer que le statu quo est nécessairement acceptable ou doit être présumé tel. Prétendre que la réforme n'est nécessaire que pour corriger des problèmes particuliers ou mettre fin à des abus précis, ce serait manifester une conception étriquée de notre mandat et de la politique sociale en général. De même, il est tout aussi vain de vouloir rénover le droit en l'exprimant par de vagues abstractions telles que «répression du crime» ou «application régulière de la loi».

La réforme, c'est en réalité la recherche d'une meilleure administration de la justice et cette tâche suppose la définition de principes directeurs présentant un caractère général et neutre. Cela ne veut pas dire qu'il faille écarter du processus de réforme du droit la considération de problèmes pratiques et l'engagement idéologique; mais trop souvent, nous semble-t-il, des questions pratiques isolées ou des prises de position idéologiques à caractère rhétorique sont à tort érigées en principes. L'objet de la réforme — et sa difficulté — consiste à mettre au point des principes généraux et socialement acceptables pour ensuite les traduire en règles concrètes.

Le mandat de la Commission, d'après sa loi constitutive, l'oblige à jeter un regard critique sur les lois canadiennes afin de veiller à ce que leurs dispositions demeurent efficaces et adaptées aux réalités d'aujourd'hui. Dès le départ, la Commission s'est engagée à renouveler le droit pénal systématiquement et en profondeur. Récemment, le gouvernement du Canada s'est joint à nous dans cette entreprise, et nos efforts conjugués constituent à l'heure actuelle la Révision du droit pénal. Cette tâche nous amène inévitablement à des consultations poussées avec le milieu juridique et aussi avec le grand public.

La volonté de réformer le droit pénal, nous en sommes bien conscients, suppose une détermination approximative des valeurs sociales — existantes et souhaitables — car c'est en cela que consiste la notion de justice dans notre système politique. La réforme législative équivaut à tenter, avec lucidité, de définir ces valeurs avec davantage de clarté et de précision. Par sa nature même, cette tâche ne peut être

accomplie dans l'unanimité. Cependant, les désaccords sur des points précis n'entraînent pas inévitablement la division au niveau des principes de base. La particularité des principes en jeu, d'une part, et leur transposition en dispositions légales, d'autre part, sont susceptibles de faire apparaître des dissensions; mais abstraction faite de divergences ponctuelles sur les questions fondamentales, les personnes engagées dans la réforme du droit se doivent au premier chef d'exprimer collectivement leurs conceptions et la manière dont elles entendent leur donner corps. Il faut pour cela procéder par déduction, en mettant d'abord au point les principes d'application générale pour ensuite leur donner des interprétations de plus en plus précises jusqu'au moment où, par un traitement dialectique des arguments et des voies possibles, on pourra recommander des réformes législatives concrètes.

Sans doute la définition de principes généraux s'élabore-t-elle par un mécanisme d'approximation qui, vu sa nature même, ne permet pas d'atteindre l'unanimité, mais il reste possible d'arriver à un consensus. Malgré ce caractère approximatif, du reste, l'élaboration et la définition de principes généraux forment le point de départ d'une réforme réfléchie des lois. C'est en fonction de ces lignes directrices préétablies que seront menés et appréciés les travaux des réformateurs, indépendamment de telle ou telle conséquence pratique dans des domaines particuliers. Les principes sous-jacents sont les pierres de touche de l'utilité et de l'intégrité des réformes mises en œuvre : ils forment les critères permettant de distinguer l'entreprise systématique et globale, des expressions fugaces de la force politique. Parfois, les postulats antérieurement adoptés sont contestés au cours du débat sur les mesures à prendre, voire abandonnés au profit de l'efficacité dans les arènes partisanes du processus législatif. Mais en dépit de cela, toute personne qui participe à la réforme devrait avant tout veiller à ce que les thèses qu'elle défend [TRADUCTION] «soient fondées sur des principes bien établis et s'appuient, pour chacune des étapes menant à une décision, sur une analyse et des motifs qui transcendent le résultat obtenu dans l'immédiat[1]». Il serait naïf de tenir l'unanimité pour possible dans pareille entreprise, et tout aussi erroné de croire que les principes sont par nature immuables ou ne souffrent aucune exception. Il n'en reste pas moins que les principes ont pour fonction essentielle d'orienter la réforme des lois à partir de postulats généraux de telle façon que, dans les décisions spécifiques, la prééminence du général sur le spécifique apparaisse clairement.

1. H. Wechsler, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law» (1959), 73 Harv. L. Rev. 1, p. 15.

Le droit pénal s'appuie sur un double postulat : pour maintenir l'ordre social et protéger la liberté, il convient d'une part de restreindre le pouvoir de l'État de porter atteinte aux libertés de ses sujets et, d'autre part, d'imposer certaines limites aux droits individuels. L'acceptation de la nécessité de ces restrictions forme l'essence même de la suprématie du droit dans une société libre et démocratique. En effet, les limites de la liberté de chacun sont fixées par le droit. Le processus social, et notamment la réforme législative, vise essentiellement à déterminer où se situent ces limites.

C'est pourquoi l'objectif que nous nous sommes fixé, dans notre travail sur l'interrogatoire des suspects et les autres pouvoirs d'enquête, consiste — répétons-le — à arrêter des règles de procédure qui viendront préciser dans quelles limites les représentants de l'État devraient être autorisés à porter atteinte aux droits individuels. Notre objectif est étroitement lié au principe de la modération, préconisé depuis nombre d'années par la Commission et récemment retenu par le gouvernement dans sa politique de réforme du droit pénal[2]. Pour le traduire en termes concrets, il faudra nécessairement essayer de parvenir à un consensus sur l'équilibre souhaitable entre les droits de l'État et ceux des citoyens.

Les droits des citoyens sont en partie énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. À notre avis cependant, les limites imposées aux représentants de l'autorité, que ce soit ou non à l'égard de droits consacrés par la Charte, ne sont pas définies de façon exhaustive par la Constitution. Ne serait-ce en effet qu'en raison de sa formulation très générale, la Charte semble décrire les garanties constitutionnelles davantage par l'énonciation de droits spécifiques que par la définition des limites dans lesquelles l'État est autorisé à porter atteinte à ceux-ci. Partant, rien n'empêche le législateur de fixer ces limites dans une loi ordinaire, à condition bien sûr de ne pas contredire la Charte. C'est la voie que nous préconisons ici et dans les autres rapports portant sur des pouvoirs d'enquête. Dans certains cas (pensons par exemple à l'arrestation et aux fouilles, perquisitions et saisies), notre tâche peut nous obliger indirectement à interpréter des dispositions constitutionnelles ambiguës. Mais en ce qui touche d'autres droits, tel celui de garder le silence lorsque l'État mène une enquête, nos propositions porteront sur des sujets qui ne sont pas traités dans la Constitution.

2. Gouvernement du Canada, ministère de la Justice, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1982.

Il serait donc préférable, selon nous, de procéder par la voie législative pour réglementer l'interrogatoire des suspects et, d'une manière générale, l'exercice de tous les pouvoirs d'enquête. Comme ceux-ci sont l'expression des limites dans lesquelles les représentants de l'État sont autorisés à porter atteinte aux droits des citoyens, il est essentiel, à notre avis, que leur portée soit établie par l'autorité législative suprême de notre régime politique. L'adoption de dispositions législatives, par opposition à la réglementation ou à l'établissement de directives non officielles, constitue le mécanisme le plus efficace pour assujettir à des normes l'exercice de tels pouvoirs. En effet, contrairement aux garanties constitutionnelles qui présentent un caractère d'immuabilité, les textes de loi ordinaires peuvent faire l'objet de débats devant les chambres du Parlement et être révisés. Les directives et les règlements, pour leur part, échappent à tout examen public, sauf au moment de leur promulgation; et l'on ne peut habituellement recourir au droit pour forcer l'application de simples lignes de conduite. Aussi sommes-nous d'avis que, sous la seule réserve des textes constitutionnels, l'adoption de dispositions législatives reste la méthode la plus efficace pour assurer la stabilité, l'uniformité et la publicité du droit régissant les pouvoirs d'enquête et, partant, le respect des formalités prescrites.

Comme on pourra le constater dans les pages qui suivent, le présent rapport constitue une ébauche de codification des règles relatives aux pouvoirs d'enquête. Une remarque s'impose cependant si l'on veut éviter tout risque de confusion : ce document marque, pour la Commission, la première étape de la formulation des conceptions devant asseoir la nouvelle codification des pouvoirs d'enquête en droit canadien et en vue du futur code de procédure pénale. On sait que le gouvernement et la Commission de réforme du droit travaillent ensemble à un projet appelé Révision du droit pénal, qui vise la réforme globale des règles de fond et de procédure en la matière. Une entreprise de cette ampleur pose des difficultés non seulement au regard de la détermination des principes fondamentaux du droit, mais également sur le plan des mécanismes propres à permettre la réalisation d'une telle réforme. En théorie, il serait possible d'apporter des modifications ponctuelles, mineures ou éparses au droit actuel; c'est la solution retenue par le Parlement depuis l'entrée en vigueur, en 1892, du *Code criminel*. À l'opposé, on pourrait attribuer aux principes une importance fondamentale et recourir à la méthode déductive. On n'adopterait alors aucune mesure législative avant que tous les intéressés ne soient arrivés à un consensus sur le contenu souhaitable d'un nouveau code de droit pénal et d'un code de procédure pénale.

À notre sens, ces deux extrêmes sont l'un comme l'autre insatisfaisants. Nous souscrivons à l'objectif de codification, et donc à la révision fondamentale du droit pénal canadien; mais en dépit de cela, nous ne pouvons nous payer le luxe d'attendre, avant de faire des recommandations de réforme, d'être arrivés à des conclusions sur l'ensemble des matières du futur code. Il nous est impossible, d'un autre côté, d'avaliser une conception de la réforme qui se résumerait à des décisions occasionnelles ou mineures n'entraînant que d'insignifiantes modifications aux règles existantes. Nous pensons, à l'instar du gouvernement du Canada, que la meilleure garantie de succès de la réforme fondamentale du droit pénal canadien réside dans une mise en œuvre progressive. Mais si l'on veut trouver le juste milieu entre les modifications ponctuelles et la réforme globale fondée sur des principes généraux, on doit obligatoirement rechercher la cohérence entre les étapes proposées. Le présent rapport est centré sur l'interrogatoire des suspects, mais les propositions qu'il renferme indiquent (sans aucune restriction ni obligation) une voie possible pour la réforme des autres aspects du droit relatif aux pouvoirs d'enquête. L'étape que représentent les propositions avancées ici est-elle bien fondée, tant sur le plan des considérations générales que sur celui des dispositions concrètes? La question fera l'objet d'autres débats, de nouvelles consultations. Nous sommes toutefois convaincus que la méthode et la forme retenues dans le présent rapport se tiennent et pourront servir de canevas aux recommandations à venir.

CHAPITRE DEUX

Recommandation et commentaires

La Commission recommande l'adjonction, au *Code criminel*, de la partie suivante :

PARTIE XIII.1

POUVOIRS D'ENQUÊTE

Définitions

447.1 Dans la présente partie,

«agent de police» [s'entend de toute personne qui, en qualité de représentant de l'État, a notamment pour fonctions de faire enquête sur les infractions et de les poursuivre;]

«interrogatoire» s'entend de toute parole ou de tout geste visant à obtenir une déclaration d'une personne, dans le cadre d'une enquête sur une infraction, ou raisonnablement susceptible de produire ce résultat;

«déclaration» ne comprend pas une parole qui est elle-même un élément constitutif d'une infraction;

«suspect» s'entend de toute personne qu'un agent de police soupçonne, pour des motifs raisonnables, d'avoir commis une infraction et malgré la généralité de ce qui précède, notamment de toute personne qui est arrêtée ou détenue, de

toute personne qui est un prévenu au sens de l'article 448 de la présente Loi, et de toute personne inculpée d'une infraction.

L'interrogatoire des suspects

447.2 (1) Nul agent de police n'est autorisé à interroger un suspect relativement à une infraction dont ce dernier est soupçonné être l'auteur, sans l'avoir mis en garde dans les termes suivants :

> **Vous avez le droit de garder le silence et pouvez à tout moment exercer ce droit. Si vous souhaitez faire une déclaration ou consentez à répondre à des questions, sachez que tout ce que vous direz pourra être produit en preuve devant le tribunal. Vous pouvez consulter un avocat avant de déclarer quoi que ce soit ou de répondre à une question.**

Cette mise en garde est faite oralement et peut également être donnée par écrit.

(2) Il n'y a pas lieu de répéter la mise en garde si celle-ci a été faite récemment ou lorsque, dans d'autres circonstances, une telle répétition serait manifestement inutile.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque l'agent de police cache sa qualité et que le suspect n'est pas arrêté ni détenu.

447.3 Lorsqu'un suspect fait une déclaration spontanée ou non sollicitée en présence d'un agent de police, ce dernier fait, à la première occasion raisonnable, la mise en garde exigée dans le paragraphe 447.2(1) et consigne ensuite cette déclaration aussitôt que possible dans les circonstances.

447.4 (1) Chacun des agents de police qui participent à l'interrogatoire d'un suspect enregistre, le plus tôt possible et de la manière la plus complète possible, chacune des questions posées et des réponses données.

(2) L'enregistrement prescrit au paragraphe (1) se fait électroniquement ou par écrit et comporte les mentions suivantes :

***a*) l'heure du début et de la fin de l'interrogatoire, de même que toute interruption;**

***b*) le lieu ou les lieux de l'interrogatoire;**

***c*) l'identité de toutes les personnes présentes pendant l'interrogatoire;**

***d*) l'heure à laquelle l'enregistrement a été fait;**

***e*) la signature de l'agent qui a réalisé l'enregistrement.**

(3) Lorsque l'interrogatoire est enregistré électroniquement, l'enregistrement visé par le présent article peut être réalisé par un agent de police présent pendant toute la durée de l'interrogatoire.

Recevabilité des dépositions

447.5 Les éléments de preuve obtenus en contravention de la présente partie et que le ministère public entend produire à une enquête préliminaire ou à un procès sont irrecevables, à moins que celui-ci n'établisse que leur réception en preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

I. Remarques générales

En bref, nos propositions peuvent se résumer ainsi : dès lors qu'un agent de police croit, pour des motifs raisonnables, qu'une personne a commis une infraction, la gravité de ses soupçons justifie l'observation des règles de procédure sur l'interrogatoire des suspects, parce que cette personne risque d'être poursuivie et condamnée. C'est pourquoi le policier, dans de telles circonstances, devrait être tenu d'informer le suspect de son droit de garder le silence. En outre, il devrait être tenu d'enregistrer de manière complète les déclarations éventuelles ainsi que les circonstances dans lesquelles elles sont faites. Toute déclaration ainsi faite devrait être l'objet d'une présomption d'irrecevabilité, que le ministère public pourrait repousser en établissant l'observation des règles proposées ici.

Le régime que nous proposons présente certains liens avec la règle touchant le caractère volontaire des déclarations, mais il s'en distingue sur le plan conceptuel. Comme un agent de police est incontestablement une personne en situation d'autorité, il faudra établir le caractère volontaire des déclarations qui lui sont faites; sur cette règle, nous ne faisons aucune recommandation. Mais en plus de cela, le ministère public devra démontrer que les règles de procédure proposées ici ont été respectées. Les deux régimes, soulignons-le, sont tout à fait distincts, bien que complémentaires. Ainsi, on pourra parfois établir le caractère volontaire d'une déclaration manifestement obtenue en contravention des règles et vice versa; mais pris ensemble, les deux régimes visent à assurer l'équité et l'efficacité de la preuve et de la procédure pénales, ceci par la présomption d'irrecevabilité, qui constitue leur point de rencontre.

Nos règles devraient être observées à partir du moment où un agent de police soupçonne une personne *d'avoir commis* une infraction, tandis que dans le document de travail n° 32, nous recommandions que leur application dépende de la croyance qu'une personne a *participé* à la perpétration d'une infraction. Cette modification vise à restreindre l'application des règles aux cas où les soupçons de l'agent sont tels qu'ils justifieraient l'arrestation du suspect, peu importe que cette arrestation ait lieu ou non (soulignons par ailleurs que les règles s'appliqueraient aux actes criminels comme aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité).

Quant à la définition du terme «agent de police», elle est incomplète; nous voulions toutefois imposer l'observation des règles à toute personne dont les fonctions peuvent l'amener à faire enquête sur des infractions et à les poursuivre au nom de l'État. Nous ne sommes pas en mesure, dans ce rapport, de donner une définition plus précise, car cette question est liée à la réforme de l'article 2 du *Code criminel*, ainsi qu'à l'élaboration de règles de procédure pour régir l'exercice des autres pouvoirs d'enquête. Pour cette raison, nous jugeons qu'il n'est pas opportun de tenter ici une définition rigoureuse de l'expression «agent de police». Il s'agit sans aucun doute d'une question sur laquelle il faudra revenir; nous sommes cependant convaincus que notre définition provisoire exprime avec une clarté suffisante le principe étayant les règles proposées dans le présent rapport.

II. Considérations particulières

A. *Forme et structure*

En proposant l'adjonction d'une nouvelle partie au *Code criminel*, nous avons pour objectif d'instituer un cadre qui permette d'isoler les règles relatives à l'interrogatoire des suspects et aux autres pouvoirs d'enquête en droit canadien actuel. Notre proposition pourra également constituer l'ossature d'un futur code de procédure pénale. Il convient donc d'aborder la création de cette nouvelle partie sous trois angles : l'interrogatoire des suspects, les pouvoirs d'enquête en général et l'élaboration d'un code de procédure pénale.

Pour ce qui concerne, tout d'abord, l'interrogatoire des suspects, nous avons décidé de consacrer une nouvelle partie du Code à la question. Dans le document de travail, nous avions délibérément évité d'exprimer un point de vue catégorique sur la question de savoir dans quelle loi ces dispositions devaient s'insérer. Nous sommes maintenant convaincus qu'il faut les adjoindre au *Code criminel*, étant donné leur caractère procédural. L'interrogatoire d'un suspect, bien entendu, ne suppose pas nécessairement son arrestation et il nous semble pour cette raison que la nouvelle partie du Code, touchant les enquêtes, devrait précéder celle qui porte sur l'arrestation et l'engagement des poursuites.

Nous avons posé comme principe que, sur le plan conceptuel, les pouvoirs d'enquête sont reliés entre eux par la nécessité de déterminer dans quelles limites les représentants de l'État devraient être autorisés, dans le cadre de leurs enquêtes criminelles, à porter atteinte aux droits individuels. Dans cette perspective, notre proposition est conçue de façon à permettre de traiter, dans la nouvelle partie, non seulement l'interrogatoire mais aussi les autres pouvoirs d'enquête. L'article 447.1 pourrait ainsi être élargi par de nouvelles dispositions définitoires, lorsque nous aurons terminé nos travaux sur la surveillance électronique ainsi que sur les fouilles, perquisitions et saisies. Serait-il opportun d'adjoindre l'arrestation aux pouvoirs visés par la nouvelle partie? Nous laissons la question en suspens pour deux raisons. Premièrement, l'arrestation constitue souvent la première étape du mécanisme destiné à contraindre le prévenu à comparaître devant un tribunal et deuxièmement, elle diffère catégoriquement des quatre autres pouvoirs déjà décrits, en ce qu'elle ne vise pas spécifiquement l'obtention d'éléments de preuve. Pour cette dernière raison notamment, il serait sans doute préférable de traiter l'arrestation dans la même partie qu'à l'heure actuelle, surtout si l'on décidait plus tard que les contraventions à la Partie XIII.1 devraient toutes entraîner les mêmes sanctions.

Enfin, dans la perspective plus large de nos travaux sur la réforme du droit pénal, la création d'une nouvelle partie offre diverses possibilités pour l'avenir. Non seulement elle constituerait un cadre pratique pour la révision des règles actuelles en matière de pouvoirs d'enquête, mais elle pourrait en outre former la base d'un futur code de procédure pénale. Celui-ci serait bien sûr composé de plusieurs parties, dont l'une serait consacrée aux pouvoirs d'enquête. En ce sens, le présent rapport sur l'interrogatoire des suspects nous permet de proposer une structure propre à orienter l'élaboration d'un code de procédure pénale. Malgré certaines dissemblances accessoires, les pouvoirs d'enquête, croyons-nous, sont fondés sur plusieurs principes de base communs et forment donc un ensemble cohérent auquel on peut apporter des réformes dès maintenant.

B. *L'interrogatoire par des agents d'infiltration*

Suivant les dispositions de l'article 447.2, tout agent de police qui interroge un suspect doit l'informer de son droit de garder le silence. Le paragraphe 447.2(3) vient toutefois relever de cette obligation les agents de police qui agissent en cachant leur qualité. Cette disposition déroge

légèrement aux principes qui fondent notre régime, mais c'est au nom de l'intérêt public. Nous croyons fondamentalement que tous les suspects devraient être informés de leur droit de garder le silence. Mais à défaut de l'exemption prévue, les agents de police fondés à croire qu'un suspect a commis une infraction ne pourraient manifestement recourir aux techniques d'infiltration. En suivant aveuglément les principes généraux et en interdisant par le fait même ce type d'enquête, on ferait supporter aux policiers — et à toute la société — un fardeau trop lourd par rapport aux avantages retirés. Soulignons cependant que, normalement, les interrogatoires «sur le terrain» sont faits ouvertement par des agents de police : l'exception ne constitue donc qu'une entorse mineure à la règle.

Par contre, nous refusons énergiquement de cautionner le recours à des pratiques déloyales contre des personnes mises sous garde, surtout lorsqu'elles ont été inculpées d'une infraction ou ont invoqué le droit de garder le silence. Ce point de vue se trouve renforcé par la Constitution, qui sanctionne le droit d'être informé de certaines garanties juridiques lorsque l'on est arrêté ou détenu. Certains nous rétorqueront que la personne sous garde qui fait une déclaration à une personne qui, selon toute apparence, n'est pas en situation d'autorité, devrait être mise sur le même pied, en droit, que celle qui, objectivement, ne s'adressait pas à une personne en situation d'autorité; on refusera alors de reconnaître qu'une telle situation s'apparente davantage à celle du prévenu témoignant à son procès. À notre avis, pourtant, les éléments essentiels d'une poursuite sont présents dès lors qu'une personne est mise sous garde. Il faut incorporer dans la loi des mesures propres à garantir que toute déclaration de la part d'un suspect est volontaire, c'est-à-dire qu'elle a été donnée délibérément, le suspect ayant été informé de son droit de garder le silence et mis au fait des conséquences éventuelles de ses paroles.

Soulignons enfin que pour invoquer l'exemption prévue au paragraphe 447.2(3), le ministère public devra démontrer que l'interrogatoire a effectivement été fait par un agent d'infiltration.

C. *Enregistrement*

Nos propositions sur l'enregistrement des déclarations s'appuient sur un postulat bien simple : pour favoriser à la fois l'équité et l'efficacité, il faut obliger les agents de police à enregistrer, de la façon

la plus complète et précise possible, la déclaration et les circonstances dans lesquelles elle est faite. La loi devrait, dans ses principes, traduire l'exigence de la meilleure preuve, et les propositions de l'article 447.4 établissent selon nous le contenu minimal des enregistrements. Les détails énumérés au paragraphe 447.4(2) ne correspondent en réalité qu'aux points mis en lumière par l'interrogatoire et le contre-interrogatoire au cours d'un voir-dire.

Pour les agents de police comme pour les avocats, l'enregistrement complet et précis d'une déclaration faite par un suspect est une pratique élémentaire. En effet, la qualité de la preuve produite devant le tribunal est fonction de la qualité de l'enregistrement. Si ce dernier est incomplet ou imprécis, la déclaration risque d'être écartée. À l'heure actuelle, du reste, de nombreuses déclarations sont exclues, non pas à cause de leur caractère involontaire, mais pour la simple raison que la qualité de l'enregistrement suscite, chez le juge, un doute sur la qualité de la preuve.

L'agent de police dispose de deux outils traditionnels pour enregistrer les déclarations : sa mémoire et son carnet. Par la pratique, bien sûr, on peut raffiner l'utilisation de ces outils; ni l'un ni l'autre, cependant, n'offre la meilleure méthode possible pour enregistrer des faits. C'est pour cette raison, croyons-nous, que l'enregistrement électronique des déclarations peut faciliter la tâche des policiers et des tribunaux au regard de l'administration de la justice pénale. On a déjà pu constater la très grande utilité du matériel d'enregistrement dans les activités subreptices (notamment l'écoute électronique et les pièges policiers) et dans les procédures d'identification. Le recours à ces appareils pour enregistrer les déclarations de suspects constituerait tout simplement l'instauration d'une nouvelle technique, plus efficace, pour accomplir des tâches courantes.

Dans le document de travail sur l'interrogatoire des suspects, nous avons proposé la réalisation d'enregistrements électroniques, dans la mesure du possible, lorsque l'interrogatoire se tient dans un poste de police ou dans une prison. Nous avons décidé, pour le moment, de ne pas recommander que l'enregistrement électronique soit obligatoire, mais nous demeurons convaincus que cette technique constitue le meilleur moyen possible de reproduire et, partant, de justifier l'interrogatoire d'un suspect. Sans être une fin en soi, l'enregistrement électronique des déclarations constitue une amélioration technique permettant d'atteindre plus facilement un objectif précis. Pour peu que nos recommandations, ainsi que le droit, visent manifestement à favoriser l'obtention de la meilleure preuve, l'adoption de dispositions

légales sur les moyens d'obtention des éléments de preuve nous apparaît inutile pour l'instant. Si nous constatons ultérieurement que les agents de police remettent aux tribunaux des enregistrements d'une qualité insuffisante, il nous sera possible, afin de remédier à la situation, de recommander au Parlement l'adoption de dispositions rendant obligatoire l'enregistrement électronique.

En améliorant la qualité des enregistrements de déclarations, on obtiendra vraisemblablement plusieurs effets bénéfiques. Premièrement, la fidélité de l'enregistrement et le contenu de la déclaration en cause ne feront pratiquement plus l'objet d'aucun doute. Deuxièmement, l'incertitude quant aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite se trouvera également réduite. Troisièmement, le recours généralisé à l'enregistrement électronique devrait réduire la durée et la fréquence des voir-dire, et même augmenter le nombre de cas où l'auteur de la déclaration en reconnaît le caractère volontaire ou renonce au voir-dire. Quatrièmement, on devrait également assister à une augmentation correspondante du nombre de plaidoyers de culpabilité. Cinquièmement, les agents de police passeront sans doute moins de temps à témoigner devant le tribunal. Sixièmement, les policiers seront sans doute moins exposés à des allégations de mauvaise conduite.

Cela dit, si la qualité de l'enregistrement électronique surpasse incontestablement celle des transcriptions réalisées à partir de la mémoire et des notes, le recours généralisé à ce nouveau procédé pourrait susciter des problèmes inédits, notamment sous les aspects suivants : risques d'altération, allégations de mauvaise conduite des policiers avant le début de l'enregistrement, reproduction de la bande, avantages comparés des enregistrements sonores et audio-visuels, frais occasionnés par l'utilisation de cette nouvelle méthode. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis qu'aucune de ces difficultés ne représente un obstacle insurmontable, tout particulièrement s'il peut être démontré que l'enregistrement électronique présente beaucoup plus d'avantages que d'inconvénients. C'est pourquoi la Commission a entrepris une étude empirique sur l'efficacité de cette méthode. Nous mènerons cette étude conjointement avec les forces policières canadiennes, notamment celles d'Ottawa, de Montréal et de Toronto.

D. *Mise en œuvre*

Tout comme notre proposition visant à adjoindre une nouvelle partie au Code cet aspect de notre recommandation pourrait éventuelle-

ment toucher d'autres pouvoirs d'enquête que l'interrogatoire des suspects; c'est pourquoi nos commentaires porteront sur la règle d'irrecevabitilé en ce qu'elle touche l'interrogatoire policier et ces autres pouvoirs. Dans le présent rapport, nous avons voulu donner à la règle d'irrecevabilité proposée une formulation qui la rende applicable à l'interrogatoire des suspects. Bien que nous ne soyons pas encore tout à fait certains que, dans sa rédaction actuelle, la règle soit appropriée en ce qui concerne les autres pouvoirs d'enquête, nous la considérons provisoirement comme une disposition d'application générale. Lorsque notre travail sur les autres pouvoirs d'enquête sera plus avancé, nous déciderons peut-être d'appliquer le même critère aux autres pouvoirs dont le but réside dans l'obtention d'éléments de preuve; nous pourrions tout aussi bien recommander l'institution d'autres sanctions particulières au regard des pouvoirs définis dans la future Partie XIII.1. Pour l'instant, cependant, il convient d'expliquer les rudiments de la règle d'irrecevabilité proposée ici, pour ensuite étudier le rôle de cette sanction au sein des règles de preuve, en évoquant aussi certaines applications éventuelles.

Nous posons comme postulat que l'exclusion des éléments de preuve est le moyen le plus efficace pour mettre en œuvre des règles de procédure du type de celles que nous proposons. La meilleure façon de déterminer les limites acceptables de l'exercice d'un pouvoir d'enquête consiste, en effet, à contrôler le mode d'obtention des preuves, en interdisant l'utilisation de celles qui ont été obtenues en contravention des formalités prescrites. À cet égard, le risque d'irrecevabilité devrait être directement fonction du péril auquel est exposé le prévenu. Pour atteindre cet équilibre, il est absolument nécessaire d'écarter les éléments de preuve obtenus en violation des règles de procédure. La règle doit donc être formulée de manière à dénoter, d'une part, une présomption d'irrecevabilité et à énoncer, d'autre part, que la réception en preuve d'un élément obtenu en contravention de règles de procédure données risquerait, sauf preuve contraire, de déconsidérer l'administration de la justice.

Un principe fondamental de notre droit veut que les données touchant les points en litige soient considérées comme des éléments de preuve recevables, à moins qu'une règle ne s'y oppose spécifiquement. Il existe deux motifs juridiques susceptibles de justifier l'exclusion d'éléments de preuve pertinents. En premier lieu, le droit veut empêcher le juge des faits d'entendre et de considérer des preuves peu crédibles, tout simplement parce que la réception de celles-ci risquerait de nuire à la recherche objective des faits. C'est dans cet esprit, par exemple, que le ouï-dire est irrecevable en droit, de même que les

dépositions d'enfants, sauf si la partie désireuse de produire ces éléments de preuve parvient à dissiper les soupçons qui pèsent naturellement sur leur crédibilité. L'irrecevabilité pour manque de crédibilité s'inscrit dans la conception classique de notre droit de la preuve : tout ce qui peut contribuer à la détermination de la vérité ou de la fausseté d'une prétention donnée doit être tenu pour recevable en preuve, pourvu que la justesse des conclusions ne risque pas d'être faussée par la réception d'éléments de preuve peu crédibles. À la base de cette théorie se trouve le principe voulant que les preuves consistent dans des faits qui parlent d'eux-mêmes, sous réserve des plaidoiries des procureurs et de l'appréciation de leur force probante par le juge des faits. Cette conception classique a un corollaire important : le droit de la preuve s'intéresse non pas à la manière dont les éléments de preuve sont obtenus, mais bien à leur force probante devant le tribunal.

En second lieu, les règles de droit prévoient l'exclusion de certains éléments de preuve pertinents et crédibles lorsque la recherche de la vérité doit céder le pas à la protection d'autres valeurs fondamentales. Cela pourra se produire en cas d'atteinte à des droits garantis par la Constitution ou, par exemple, lorsque le caractère privé des communications a été violé par la surveillance électronique. L'irrecevabilité d'éléments de preuve pour des motifs étrangers à la pertinence ou à la crédibilité déroge donc au principe établi tenant le procès pour un mécanisme destiné à vérifier la véracité de faits invoqués. On considère alors l'irrecevabilité comme le prix à payer, sur le plan de la recherche de la vérité, pour la protection de certains droits. En matière de pouvoirs d'enquête, la sanction d'irrecevabilité est fondée sur l'idée que les droits protégés sont nécessairement violés par la manière dont les éléments de preuve sont obtenus.

Les deux raisons pouvant justifier l'irrecevabilité ne sont pas mutuellement exclusives et chacune vise à promouvoir l'intérêt public dans l'administration équitable de la justice. Comme nous l'avons vu, les règles de preuve classiques et la sanction d'irrecevabilité découlant de la violation de certains droits se recoupent dans une certaine mesure en matière de pouvoirs d'enquête. En général, ce chevauchement est minime et l'exclusion fondée uniquement sur un manque de crédibilité se produit rarement car dans ce domaine (fouilles, perquisitions et saisies, surveillance électronique et méthodes d'investigation scientifiques), à l'encontre de ce qui se passe dans le cas de l'interrogatoire, on cherche à obtenir des preuves réelles ou intrinsèquement fiables, soumises à une simple constatation judiciaire. Mais pour ce qui est des pouvoirs d'enquête, en résumé, la sanction d'irrecevabilité s'applique, par définition, à la manière dont ils sont exercés, au mode d'obtention

des preuves, et non à la crédibilité de celles-ci sur le plan judiciaire. Cela dit, la crédibilité et la force probante ont souvent une incidence secondaire sur la réception des preuves.

La sanction d'exclusion peut donc assurer, de la part des policiers, l'observation des formalités rattachées à l'exercice des pouvoirs d'enquête. Il est du reste possible de discerner, à ce stade, une correspondance entre le fondement de la sanction d'exclusion et le principe fondamental à la base de nos travaux sur les pouvoirs d'enquête, à savoir la nécessité de déterminer dans quelles limites les représentants de l'État devraient être autorisés à porter atteinte aux droits des citoyens au cours de leurs enquêtes criminelles. En établissant ce parallèle, nous n'écartons pas, bien sûr, l'adoption d'autres sanctions susceptibles de faciliter la réalisation de cet objectif. Si nous préconisons la sanction d'exclusion, c'est donc pour une raison bien simple : lorsque les représentants de l'État outrepassent les limites imposées, il devrait être interdit au ministère public d'invoquer les éléments de preuve ainsi obtenus, parce que cette atteinte aux droits individuels déconsidère l'administration de la justice. Dans cette perspective, la sanction d'irrecevabilité est un concept neutre : la question de fond, pour ce qui a trait à la politique législative, ne réside pas dans le pouvoir d'écarter des éléments de preuve, mais bien dans la détermination de la légalité des atteintes, par la définition de droits garantis dans des règles de procédure.

Si l'on considère l'exclusion d'éléments de preuve comme un mécanisme exceptionnel destiné à protéger certains droits individuels précis, et si l'on reconnaît que cette sanction permet de contrôler l'exercice des pouvoirs d'enquête, on peut imaginer trois régimes différents pour son application : exclusion automatique des éléments de preuve en cas de contravention aux règles imposées, règle d'exclusion restreinte et pouvoir discrétionnaire d'exclusion. La première et la troisième solutions, que nous allons étudier brièvement, nous paraissent inacceptables parce que, parmi les trois possibilités, elles représentent les deux extrêmes. Dans l'étude de ces trois régimes, il importe d'examiner également deux questions secondaires. Premièrement, serait-il opportun d'établir la même forme d'irrecevabilité pour tous les pouvoirs d'enquête? Et deuxièmement, même en supposant que l'exclusion soit la sanction appropriée pour ce qui a trait à l'interrogatoire des suspects, aux fouilles, perquisitions et saisies, aux méthodes d'investigation scientifiques et à la surveillance électronique, faut-il nécessairement en arriver à la même conclusion pour toute contravention à des règles de procédure obligatoires? C'est en expliquant

pourquoi nous préconisons l'adoption d'une règle d'irrecevabilité restreinte que nous répondrons à ces questions.

L'exclusion automatique des éléments de preuve en cause, d'une part, et l'institution d'un pouvoir discrétionnaire à ce sujet, d'autre part, correspondent à deux conceptions différentes des mécanismes propres à garantir l'observation des règles de procédure régissant l'exercice des pouvoirs d'enquête. Dans le premier cas, l'irrecevabilité est prononcée dès lors que le ministère public ne parvient pas à établir l'observation des formalités prescrites; la règle ne souffre aucune exception. Dans le second cas, au contraire, la règle découle d'une présomption de recevabilité : l'exclusion des éléments de preuve peut être décidée par le juge si, d'après ses critères personnels, la dérogation aux règles de procédure outrepasse les limites admissibles. L'irrecevabilité automatique est inacceptable parce qu'elle interdit toute appréciation de l'importance de l'atteinte aux droits individuels et qu'elle suppose l'exclusion même lorsque la dérogation aux règles de procédure ne risque pas de compromettre les droits garantis par ces règles. Tout aussi inadmissible serait l'institution d'un pouvoir discrétionnaire d'exclusion : la présomption de recevabilité tendrait alors à masquer l'intention de garantir le respect de certains droits individuels. L'adoption d'une telle règle signifierait en outre que le juge est autorisé à décider si, étant donné les faits qui lui sont soumis, les policiers étaient fondés, dans l'intérêt de l'administration de la justice, à passer outre aux formalités prescrites.

Toute règle d'exclusion d'application restreinte (du type de celle qui est proposée ici) repose sur une présomption d'irrecevabilité, que le ministère public peut repousser de deux façons seulement : soit en prouvant l'observation des formalités imposées, soit en démontrant que la réception en preuve des éléments obtenus en contravention des règles ne risque pas de déconsidérer l'administration de la justice. L'existence de cette présomption signifierait donc que le manquement aux règles prescrites déconsidère l'administration de la justice, parce qu'il s'agit par définition d'une transgression des limites dans lesquelles l'État est autorisé à porter atteinte aux droits des citoyens.

Quel est alors le lien entre la règle proposée et le paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? À certains égards, les deux règles sont tout à fait distinctes sur le plan de la forme et des effets mais, pour les raisons exposées ci-dessous, nous croyons que, prises ensemble, elles sont parfaitement complémentaires.

Les règles en question diffèrent avant tout par le principe qui étaye chacune d'elles. La disposition constitutionnelle est bien sûr fondée sur une présomption de recevabilité qui tient jusqu'à ce que le requérant soit en mesure de convaincre le juge que, compte tenu de toutes les circonstances, la réception en preuve des éléments en cause est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La formulation de cette règle est étonnante à deux égards. En premier lieu, la présomption de recevabilité persiste malgré la preuve d'une contravention à la Constitution, jusqu'à ce que l'effet préjudiciable de la réception en preuve ait été établi. Cette règle, conforme à la conception classique de la preuve pénale, sous-entend que le pouvoir d'exclusion ne vise pas surtout l'affirmation des libertés individuelles ou le contrôle de l'exercice des pouvoirs d'enquête, mais bien la protection de l'intégrité du pouvoir judiciaire. Ce qui frappe, en second lieu, c'est que le paragraphe 24(2) confère, malgré les apparences, un pouvoir discrétionnaire : le tribunal constate les faits (la violation de la Constitution), apprécie les circonstances et rend une décision quant à l'effet de la réception en preuve sur l'intégrité du système judiciaire. Les facteurs dont le juge doit tenir compte sont presque illimités; si l'on ajoute à cela l'unicité de chaque affaire, il est peu probable de voir une jurisprudence cohérente émaner des tribunaux inférieurs.

La règle que nous proposons, en revanche, est fondée sur une présomption d'irrecevabilité qui s'appliquerait à tout élément de preuve obtenu en contravention des règles de procédure prescrites pour l'exercice des pouvoirs d'enquête. Les cas d'irrecevabilité seraient ainsi définis rigoureusement par des critères précis, car ce sont les règles elles-mêmes qui viendraient préciser les conduites susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. Répétons cependant que, d'après nous, la règle d'irrecevabilité, pour être bien fondée, doit admettre certaines exceptions aux principes et objectifs sur lesquels elle se fonde. C'est pourquoi nous atténuons la présomption d'irrecevabilité de la façon suivante : les éléments de preuve obtenus en contravention des règles seraient écartés à moins que le ministère public n'établisse que leur réception en preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ainsi, le manquement aux règles devrait pouvoir être considéré, dans certains cas, comme anodin et relativement inoffensif, après une étude minutieuse des circonstances. Ce sont les règles elles-mêmes qui forment les critères permettant de déterminer les exceptions à la présomption d'irrecevabilité. Le fait de les contourner délibérément ou de s'en écarter par négligence ne permettrait donc pas d'invoquer l'exception prévue. Les règles visent à garantir la préparation d'un enregistrement complet des circonstances de l'interrogatoire et des paroles prononcées. Toute dérogation, quelle qu'en soit la gravité,

trahit l'objectif poursuivi et doit automatiquement réduire les chances de recevabilité. Répétons toutefois que seuls les manquements qui, vu leur nature et leur importance, touchent le fond des règles, devraient être sanctionnés par l'irrecevabilité.

Certains pourront bien sûr nous reprocher de conférer, sur la réception des déclarations en preuve, un pouvoir discrétionnaire qui, à l'instar du pouvoir d'exclusion prévu dans la Charte, ne repose sur aucun critère de fond. À cette objection, nous répondrons brièvement par l'argument que voici : dès lors que la règle en cause s'appuie sur la volonté de protéger certains droits individuels précis, les tribunaux devraient avoir toute latitude pour élaborer des exceptions lorsque cela est justifié.

D'une manière générale, il existe donc des différences importantes entre la règle que nous proposons et la Charte. Mis à part les présomptions différentes qui forment la base de chacune des dispositions, la distinction la plus marquante tient à ce que notre règle prendrait la forme d'une disposition légale, tandis que le paragraphe 24(2) délègue au pouvoir judiciaire la compétence pour déterminer si la réception d'un élément en preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Nous proposons de relier la sanction d'irrecevabilité à l'exercice de pouvoirs précis, à l'observation de règles spécifiques et au respect des droits individuels protégés par celles-ci. Nous croyons en outre que si l'État souhaite se prévaloir d'éléments de preuve obtenus par un abus de pouvoir commis par ses représentants, ces derniers devraient être tenus d'établir ce qui justifiait la dérogation aux règles prescrites.

La règle d'application restreinte que nous proposons entraîne bien sûr des conséquences radicales sur le plan théorique. Son adoption impliquerait l'abandon de la doctrine classique en matière de recevabilité, tout au moins à l'égard des éléments de preuve obtenus en contravention des règles de procédure. La décision de retenir ou de rejeter nos propositions revêtira un caractère fondamentalement politique : elle découlera de l'idée que l'on se fait de l'organisation des droits, pouvoirs et obligations que mettent en jeu les rapports entre l'État et les citoyens. Pour nous, cependant, il ne fait aucun doute que, d'une part, le critère traditionnel de la crédibilité ne peut suffire à la protection des droits individuels et que, d'autre part, il ne confère au pouvoir judiciaire aucun droit de regard sur la manière dont les éléments de preuve sont obtenus. C'est pourquoi nous jugeons légitime, en ce qui concerne les contraventions aux règles de procédure, de faire entorse à la doctrine classique. Nous tenons simplement à rappeler que ce n'est pas la viabilité de l'exclusion, à titre de mécanisme de contrôle,

qui détermine principalement les limites dans lesquelles l'État peut porter atteinte aux droits individuels, mais bien le contenu des règles de procédure.

Soulignons en terminant que, à l'instar du cadre dans lequel s'insèrent les règles que nous proposons, la sanction d'irrecevabilité pourrait également s'appliquer aux autres pouvoirs d'enquête. Le fondement de cette sanction réside dans la présomption d'irrecevabilité qui, nous en sommes persuadés, devrait s'appliquer à tout élément de preuve obtenu par un agent de police investi de pouvoirs d'enquête : fouilles, perquisitions et saisies, méthodes d'investigation scientifiques, surveillance électronique et interrogatoire. Grâce à l'exception instituée, la sanction nous paraît suffisamment souple pour être adaptable aux caractéristiques particulières de chacun de ces pouvoirs.